

## La garantie Responsabilité des Mandataires Sociaux : une protection assurantielle adaptée aux risques inhérents à la fonction de Responsable conformité?

24 Juin 2020

Le périmètre de la fonction de Responsable conformité comporte des domaines d'intervention très variés (anticorruption, fraude, protection des données personnelles, lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, sanctions internationales ...). Cette fonction est de plus en plus exposée et ses missions comportent des risques. Dans ce contexte un Responsable conformité peut-il bénéficier d'un contrat d'assurance protecteur susceptible de prendre en charge ses frais de défense et les montants d'éventuelles condamnations en cas de mise en cause de sa responsabilité civile et/ou pénale ?

### 1. Les risques encourus par le Responsable conformité :

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit de sanction spécifique en cas de faute personnelle commise par un Responsable conformité.

-L'Agence Française Anticorruption créée par la Loi dite Sapin 2 du 9 décembre 2016 n'envisage que la responsabilité des dirigeants et/ou de la personne morale mais elle admet qu'un manquement du Responsable conformité à ses obligations professionnelles pourrait lui être reproché en cas de commission de faits de corruption si celui-ci était en mesure de les prévenir. Donc si le Responsable conformité agit de bonne foi et conformément à ce qui est attendu de lui, il est peu probable que sa responsabilité pénale soit engagée pour fait de corruption, en revanche il peut encourir des sanctions disciplinaires en cas de manquements à ses obligations professionnelles.

La Cour d'appel de Paris a statué en février 2020 sur les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre d'un Responsable conformité pour manquement à ses obligations professionnelles, en effectuant une cartographie des risques ou des due diligences des tiers incomplètes. Il a ainsi été jugé :

- que la non-exécution, par un compliance officer, des process de contrôles au moment où ces derniers devaient être réalisés, et ce malgré des demandes répétées de son employeur sur ce sujet sensible du fait des risques importants pour la réputation et la situation financière de la banque, caractérisait une inaptitude professionnelle justifiant le licenciement du salarié ;
- que le fait, pour un compliance officer directement rattaché à la Direction générale, de ne pas mettre en place une organisation palliant son absence en cas de congés, justifiait le blâme prononcé à son encontre.

**(CA Paris, ch. 6-7, 20 févr. 2020, n° 18/00140)**

-En matière de protection des données personnelles le Règlement (UE) n° 2016-679 (RGPD) n'aborde pas la responsabilité du Data Protection Officer (ou Correspondant à la protection des données à caractère personnel auprès de la CNIL). L'article 24.-1 du RGPD prévoit la responsabilité du responsable du traitement et l'article 28 celle du sous-traitant. Mais la désignation d'un DPO n'a pas pour effet de lui transférer cette responsabilité. Le principe est que le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au RGPD.

-En matière de lutte contre le blanchiment d'argent et financement du terrorisme (LCBFT), les dispositions de la 4ème directive européenne n°2015/849 transposée en droit français par l'Ordonnance du 1/12/2016, telles que reprises par la 5ème directive n° 2018/843 transposée en droit français par Ordonnance et décrets du 20/02/2020, prévoient des sanctions pécuniaires lourdes pour les entreprises dites « assujetties » ainsi que leurs dirigeants personnes physiques en cas de non mise en œuvre de programme de conformité adapté aux risques de l'entreprise. Le mécanisme de sanctions

est étendu aux personnes physiques responsables du manquement à la réglementation tel que le Responsable du dispositif LCBFT au sein du comité de direction, qui peut exercer la fonction de Responsable conformité ou non, mais dans le cadre de ses missions avec un montant plafond de 5 millions€.

## 2. La garantie d'assurance RCMS :

Le Responsable de la conformité ainsi que le Correspondant à la protection des données à caractère personnel auprès de la CNIL bénéficient de la garantie RCMS (responsabilité civile des mandataires sociaux) de type A souscrite pour leur compte par l'entreprise en qualité d'assurés au titre des fonctions « assimilées » à celles de dirigeant ou d'administrateur alors qu'ils ont qualité de salariés préposés.

La garantie de type A vise à protéger les personnes physiques non statutairement indemnisées par leur société lorsqu'elles sont mises en cause pour avoir potentiellement agi à l'encontre des intérêts de cette dernière. Les dirigeants protègent ainsi leur patrimoine personnel en cas de faute séparable de leur fonction alléguée par un tiers, de faute de gestion revendiquée par un actionnaire, ou encore de comblement de passif d'une entité devenue défailante du fait d'une erreur de management. Dans ce cadre les frais de défense et l'indemnité due à la victime sont pris en charge. Les amendes pénales, civiles ainsi que les sanctions administratives pécuniaires demeurent non assurables. Les conséquences civiles d'une responsabilité pénale sont à priori assurables.

Cette garantie de type A est-elle concrètement applicable à la fonction de Responsable conformité ?  
La réponse est à nuancer :

-Il convient d'être attentif à la rédaction de la clause relative à la **définition de dirigeant** qui circonscrit parfois la fonction de Responsable conformité à celle exercée pour les services d'investissements détenteur d'une carte professionnelle telle que prévue au Règlement général de l'AMF (réf. à l'article 22 du Règlement délégué de l'UE-2017/565- de la Commission du 25/04/2016). Dans ce cas la clause n'est pas adaptée à la fonction de Responsable conformité exercée dans d'autres catégories d'activités.

-La garantie d'assurance RCMS a pour effet une prise en charge des frais de défense et des conséquences dommageables pour la société et/ou les associés des « **fautes détachables** » des fonctions d'un dirigeant passé présent ou futur à l'égard des tiers (à distinguer de la responsabilité objective sans faute ou « strict liability » des systèmes de common law).

On peut s'interroger sur la pertinence de l'application de la notion de faute détachable des fonctions à un Responsable conformité en sa qualité de salarié préposé exerçant une fonction support rattachée à la Direction générale.

En l'absence de texte spécifique les conditions de mise en œuvre de la responsabilité personnelle du Responsable conformité en sa qualité de préposé sont précisées à l'article 1249 al. 4 du code civil qui dispose que: « *Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions* ». Par « actions à des fins étrangères aux attributions » on peut entendre par exemple un abus de fonction qui exonérerait le commettant de sa responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 5 du code civil, le préposé demeurant seul responsable de ses actes.

Rappelons que dans un souci de protection du salarié, la jurisprudence refuse de valider les clauses de responsabilité personnelle d'un salarié envers son employeur, quels qu'en soient les termes, en dehors de la faute lourde du salarié. La faute lourde est en principe assurable même si le doute peut naître lorsque la faute est si lourde qu'elle en devient dolosive, elle doit donc être évaluée au cas par cas. L'article L 113-1 du code des assurances précise que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages*



*provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré». Une faute intentionnelle inassurable est établie dès qu'il est démontré que l'assuré avait la volonté de commettre la faute et l'intention d'obtenir un résultat dommageable tel qu'il s'est réalisé.*

La garantie d'assurance RCMS pourrait donc intervenir pour régler les frais de défense et les montants de condamnation éventuelle dans l'hypothèse d'une mise en cause de la responsabilité personnelle du Responsable conformité dans le cadre d'actions exercées à des fins étrangères à ses missions ou attributions ce qui concrètement paraît assez peu probable.

En l'absence de possibilité de déléguer une partie de ses fonctions, la seule façon pour le Responsable conformité de limiter efficacement l'engagement de sa responsabilité, au-delà d'un exercice vertueux de ses fonctions, est de s'assurer que les plans d'actions qu'il propose sont bien validés et concrètement mis en œuvre par la gouvernance d'entreprise dont il dépend avec des moyens financiers, techniques et humains adaptés aux risques.